

# 短期取得時効について

## —— フランス学説・判例の検討 —— (1)

香 川 崇

### 一 はじめに

### 二 フランスにおける短期取得時効制度

#### 1 ポティエ

#### 2 フランス民法典制定後の学説

#### 3 フランス裁判例の展開

#### (一) 短期取得時効の完成による所有権の取得

##### (1) 短期取得時効制度の成否のみが問題となった事件

##### (a) 短期取得時効の成立を主張する者が無権利者から所有権を取得した場合

##### (ア) 権原証書に記載された面積と占有された面積の不一致

##### (イ) 権原証書の証拠力・形式

##### (ウ) 善意

##### (b) 短期取得時効の成立を主張する者が所有者から所有権を取得した場合

##### (ア) 取得権原

##### (イ) 宣言行為

以上本号

### 三 日本法への示唆

### 四 おわりに

### 一 はじめに

これまで、短期取得時効の制度趣旨について、多くの議論が戦わされてきた<sup>1</sup>。従来の通説は、①事実状態の尊重②証明困難の救済③権利の上に眠る者

を保護しない、が取得時効の制度趣旨であると考えていた<sup>2</sup>。これに対し、短期取得時効の制度趣旨を取引安全の保護に求める学説が、近年支持を得ている<sup>3</sup>。

その支持者の一人である草野元己は、「短期取得時効とは、取引の相手方を所有者と過失なく信頼して不動産を譲り受けた者がその不動産を10年間占有した場合、その者の取引の安全のため適用される制度」<sup>4</sup> であると考え、所有権を移転させる行為（正権原）を成立要件に加えるべきであると主張する。

短期取得時効の制度趣旨に関する議論は、この方向に収束しつつあるように思われるが、短期取得時効の具体的な要件や適用範囲については未だ議論が尽きない。まず、短期取得時効の成立要件として「無権利者からの譲受」を加えるべきか否かが争われている。これは、占有者が（1）不動産の二重譲渡の未登記の第一譲受人であった場合、（2）所有者から抵当権付きの不動産を取得した者であった場合に問題となる。また（3）短期取得時効の完成による所有権取得と契約法・相続法が競合する場合、どちらを優先すべきかという点も争われている。以下ではこれらの問題に対する議論の展開を一瞥する。

草野は、（1）の問題に対して次のように考える。短期取得時効が適用されるのは前主が非所有者であるという前提の下においてであるから、短期取得時効の成立要件の一つとして「非所有者からの譲受」を加えるべきである。それゆえ、二重譲渡の場合、正権原を登記していない占有者が第一譲受人であれ第二譲受人であれ、その占有者の前主は真の所有者であるから、短期取得時効は成立しない<sup>5</sup>。他方、星野英一は、取引安全の保護が短期取得時効の制度趣旨であるとしながらも、未登記の第一譲受人が第二譲受人の登記の時点から10年間占有を継続すれば短期取得時効が成立すると考える<sup>6</sup>。

次に、星野は、（2）の問題について、抵当権の設定された不動産を所有者から取得した者が10年間占有を継続した場合、取得時効の完成による抵当権の消滅を定めた397条が適用されると考える。すなわち、所有者からの取得者であっても、占有者が抵当権の存在につき善意・無過失ならば短期取得時効が完

成し、占有している不動産に設定されていた抵当権が消滅する<sup>7</sup>。これに対し、草野は、抵当不動産について所有権の取得時効が完成した場合の抵当権の帰趨に関する規定が397条であって、非所有者からの取得者だけが短期取得時効によって保護されるのだから、短期取得時効の完成により抵当権が消滅するのは占有者が抵当権付きの不動産を非所有者から取得した場合に限られるとする<sup>8</sup>。他方、来栖三郎は、今すぐに断定することは躊躇するとしながらも、次のような意見を述べる。短期取得時効は無権利者からの取得者を保護する制度であって、前主の無権利という瑕疵だけを治癒する。それゆえ、397条は抵当権に特別な消滅時効を定めた規定でしかない<sup>9</sup>。

また、草野は、(3)の問題について、占有者が無能力や無権代理によって占有を取得した場合には、その取得権原を正権原とした短期取得時効が成立しないと考える。つまり、短期取得時効の完成による所有権取得と契約法の規範が抵触する場合には、常に短期取得時効が成立しないと考える<sup>10</sup>。これに対し、藤原弘道は、占有者が無能力や無権代理によって占有を取得した場合にも、短期取得時効が成立すると解する<sup>11</sup>。

わが国の判例は、短期取得時効の完成による所有権取得が相続法の規範と抵触する場合、相続法が優越すると考える。すなわち、自由分を越えた被相続人の処分の受益者が、短期取得時効の完成による遺留分減殺請求権の消滅を主張した事件において、短期取得時効の完成によって遺留分減殺請求権は消滅しないとする。(最判平11年6月24日民集53巻5号918頁)。これに対し、辻正美は、受贈者が取得時効の成立に必要な要件を具備した場合には、397条を類推適用して、占有目的物は遺留分算定の基礎から完全に離脱し遺留分侵害の事実も消滅すると解する<sup>12</sup>。

このような問題に対して、フランス法の検討が有益であると考ええる。我が国の民法典が有する短期取得時効の規定は、フランス民法典の規定とほぼ同じものである。フランス民法典では、我が国同様、長期と短期の取得時効(フランス民法典2262, 2265条<sup>13</sup>)が規定されている。短期取得時効の対象は不動産の

みであり、動産に対しては別の規定（フランス民法典2279条<sup>14</sup>）が適用される。これらの取得時効が完成した場合、占有物に設定されていた抵当権が消滅する（フランス民法典2180条1項4号，3項<sup>15</sup>）。また，取引安全の保護が短期取得時効の制度趣旨であると主張する見解は，ボアソナード草案やフランス法の短期取得時効制度に倣ったものである。それゆえ，フランス法の短期取得時効制度に対する検討は，わが国の短期取得時効に関する議論に対して一定の寄与を果たすことができるものと考ええる。

確かに，すでにフランス法の短期取得時効に関する研究が存在する。しかし，これまでの研究は，短期取得時効の制度趣旨や短期取得時効と二重譲渡の関係に対するものが多く，短期取得時効の完成による抵当権の消滅や短期取得時効と契約法・相続法の関係についてはあまり言及されていない。

また，フランス法上の短期取得時効に対するこれまでの研究は，フランス民法典制定以後に関するものが多く，古法時代の学説，とりわけポティエの短期取得時効理論とそれ以降の学説との関係について言及したものは多くないように思われる<sup>16</sup>。しかし，フランス民法典制定以後の学説は短期取得時効の解釈を行うに際してポティエの見解を参考にしている<sup>17</sup>。また金山直樹が指摘するように，短期取得時効の完成による抵当権の消滅はポティエの見解に由来する<sup>18</sup>。したがって，短期取得時効に対するポティエの見解を明らかにし，ポティエの見解がフランス民法典やフランス民法典制定後の学説にどのように受容されたかを明らかにする必要がある。

それゆえ，フランス法の検討は次の順序で行う。まず，ポティエの見解を明らかにし，次にフランス民法典やフランス民法典制定以後の学説において，ポティエの見解がどのように受容・修正されたのかを明らかにする。そして，最後にフランス裁判例の展開を明らかにする。

- 1 これまでの議論については、松久三四彦「時効制度」星野英一編『民法講座 第1巻 民法総則』541頁（昭和59年）参照。これ以降に現れた取得時効に関する主な論文として、同「民法一六二条、一六三条（取得時効）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年』（平成10年）305頁、草野元己『取得時効の研究』（平成8年）、藤原弘道『時効と占有』（昭和60年）、同『取得時効の諸問題』（平成11年）がある。
- 2 我妻栄『新訂民法総則』431頁以下（昭和40年）
- 3 来栖三郎「民法における財産法と身分法（三）」法協61巻3号28頁以下（昭和18年）、藤原・前掲『取得時効の諸問題』6頁、草野・前掲『取得時効の研究』102頁、内田貴『民法I』375頁（平成12年）、四宮和夫・能見善久『民法総則 第5版』330頁以下（平成11年）
- 4 草野・前掲『取得時効の研究』103頁（平成8年）
- 5 草野・前掲『取得時効の研究』231頁
- 6 星野英一・「取得時効と登記」補論『民法論集』4巻343頁（昭和53年）。判例の展開については、松久三四彦「取得時効と登記」『新不動産登記講座』2巻総論Ⅱ（平成10年）123頁参照。
- 7 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』293頁（平成5年）、道垣内弘人『担保物権法』・186頁（平成2年）
- 8 草野元己「抵当権と時効」『玉田弘毅先生古稀記念論文集 現代民法学の諸問題』（平成10年）82頁。草野は短期取得時効の完成によって抵当権が消滅する事例として、次のような例を挙げる。甲乙両地が隣接しており乙地には抵当権が設定されていたところ、甲地が係争地も含むものとして譲渡されたが、係争地が乙地に含まれるか、または実際は甲地に含まれるがそのことを証明できない場合、短期取得時効が成立し占有者が係争地を取得する。そして、甲地の譲受人は、係争地も含め何の負担もないものとして甲地を譲り受けた者であるから、この者の取引の安全を完全に保護するために、係争地の抵当権が消滅するという（草野・前掲「抵当権と時効」76頁以下）。
- 9 来栖三郎・判民昭15年度76事件306頁（復刊昭和29年）
- 10 草野・前掲『取得時効の研究』110頁
- 11 藤原・前掲『時効と占有』98頁
- 12 辻正美・私法判例リマークス1995<上>107頁（平成7年）
- 13 フランス民法典2262条「全ての訴権は、対物であれ、対人であれ、30年で時効にかかる。この時効を主張する者は、それについて権原を提出する義務を負わない。その者に対しては、悪意から生じる抗弁を申し立てることもできない。」  
フランス民法典2265条「善意で、かつ正権原（juste titre）によって不動産を取得する者は、真正の所有者が、その範囲内に不動産が所在する控訴院の管轄区域内に居住する場合は10年で、当該管轄区域外に居住する場合は、20年で、その所有権を時効によって取得する」（条文の邦訳にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典―物権・債権編―』法務資料441号（昭和57年）を参考にした。以下、フランス民法典の邦訳は同書を参考にした。）。
- 14 フランス民法典2279条「① 動産に関しては、占有は権原に値する。  
② 但し、物を遺失し、または盗まれた者は、遺失または盗難の日から起算して3年間、その物がその手中にある者に対して、その物の返還を請求することができる。但し、この者が、その物を入手した者に対して求償することを妨げない。」
- 15 フランス民法典2180条「① 先取特権及び抵当権は、[以下の事由によって]消滅する。
  - 一 主たる債務の消滅
  - 二 債権者による抵当権の放棄
  - 三 第三取得者による、取得した財産を濫除するために規定される方式及び条件の履践
  - 四 時効② 時効は、債務者の手中にある財産については、抵当権または先取特権をもたらず訴権の

時効について定める期間[の経過]によって、その者のために完成する。

③ 第三取得者の手中にある者については、時効は、その物のための所有権の時効について定める期間[の経過]によって、その者のために完成する。時効は、権原証書 (titre) を前提とする場合には、その権原証書が不動産所在地の抵当権保存所において公示された日からでなければ、進行を開始しない。

④ 債権者が行う登記は、債務者または第三取得者のために法律が定める時効の進行を中断しない。」

16 フランス古法時代の時効制度に関する研究としては、金山直樹『時効理論展開の軌跡』（平成6年）、藤原・前掲『取得時効の諸問題』125頁以下がある。

17 例えば、LAURENT, *Principes de droit civil français*, 1878, n°406., p430など

18 ZENATI et KANAYAMA, *Entretiens sur la prescription*, Himeji international Forum of Law and Politics, No 2, 1995, p. 89.

## 二 フランスにおける短期取得時効制度

検討の前に、フランス民法典の規定を概観する。フランス民法典は、長期（30年）と短期（所有者と占有者が同一県内に居住している場合には10年、そうでない隔地者間においては20年）の取得時効を規定する。このうち短期取得時効は、①10年または20年の占有②正権原③占有開始時における占有者の善意を成立要件とする（フランス民法典2265条）。占有は所有の意思（*animus domini*）ある占有のことをいい、フランスでいう占有を我が国の自主占有に対応させて考えても大きな問題がないと思われる。

フランス民法典制定以後の学説は、短期取得時効の完成によって占有者に所有権が与えられる場合（以下では所有権取得効と略す）と抵当権が消滅する場合（以下では抵当権消滅効と略す）とで、正権原に対して異なった定義を与える。すなわち、短期取得時効の所有権取得効が問題となる場合、正権原とは所有権を移転させる法律行為（以下では取得権原と略す）で、前主が無権利者のものをいう<sup>1</sup>。他方、短期取得時効の抵当権消滅効が問題となる場合には、前主が所有者の場合でも正権原にあたとされる<sup>2</sup>。

また、善意も短期取得時効の効果ごとに異なった定義が与えられている。すなわち、短期取得時効の所有権取得効が問題となる場合には、善意とは「前主が不動産の所有者であると信じること」<sup>3</sup>である。他方、短期取得時効の抵当権消滅効が問題となる場合、善意とは「前主が不動産の所有者で、その不動産に抵当権が設定されていないと信じること」である<sup>4</sup>。

つまり、正権原と善意の定義だけを見れば、あたかもフランスでは所有権取得効と抵当権消滅効で2つの異なった短期取得時効制度が存在するかのようである。しかし、ポティエやフランス民法典制定以後の学説は、短期取得時効は二つの効果を発生させる単一の制度であると考えている。

## 1 ポティエ<sup>5</sup>

### (一) 短期取得時効の制度趣旨

短期取得時効は、占有者と所有者が同一の地方（province）に居住する場合には10年間、そうでない隔地者間では20年間継続した民事占有によって成立する。民事占有とは、正当な理由に基づいて、占有者が不動産の所有権を取得したと信じて行なう占有である。正当な理由とは①善意②正権原であり、これらは10年間または20年間継続して存在しなければならない<sup>6</sup>。短期取得時効は、占有者に所有権を取得させ、占有物に設定されていた物的負担（抵当権や地役権）を消滅させる。

ポティエにおける短期取得時効の制度趣旨は、金山によって既に明らかにされている。無権利者から物の引き渡しを受けた取得者はたとえ善意でも所有権を取得できず、所有者による追奪に服する。同様に、目的物に物的負担（抵当権等）が存するときには、所有者は負担付きの所有権しか取得できない。そこで、善意の取得（占有）者を追奪や物的負担から保護・解放し、完全かつ自由な所有権を取得せしめる点に、短期取得時効の制度趣旨がある<sup>7</sup>。

### (二) 短期取得時効の完成による所有権取得

短期取得時効の完成による所有権の取得が問題になる場合、善意とは、占有

者が前主を権利者と信じることである<sup>8</sup>。正権原とは、前主が所有者であったならば所有権を移転させたであろう取得権原である<sup>9</sup>。制度趣旨からすれば取得者のみが保護されるのであるから、この取得権原は現実には存在しなければならない。現実には存在しない取得権原を占有者が存在すると信じている場合（誤想権原の場合）、原則として正権原にならないが、そう信じるにつき正当な事由があるならば誤想権原も正権原として扱われる<sup>10</sup>。この点において、ポティエは制度趣旨を徹底していない。

ただ、正権原の証明は契約法と同様の規定が適用される、通常、契約それ自体は、当事者の合意のみによって成立する<sup>11</sup>。しかし、1667年の民事訴訟王令は、私署証書または公署証書でなければ一定金額以上の法律行為を証明できないとしていた（民事訴訟王令20章2条<sup>12</sup>）。それゆえ、占有者は取得権原を証明する私署証書・公署証書（以下では権原証書と略す）を作成して、それによって正権原を証明しなければならない<sup>13</sup>。そのため、誤想権原が認められる領域は極めて限定される。

### （三）短期取得時効と契約法・相続法の関係

短期取得時効の所有権取得効と契約法が抵触しうる場合として、次の二つの事案を想定しうる。①Aの所有地をBが自分の所有地であると偽ってCに売渡した。しかし、BC間の契約は無効な契約であった。②Dの所有地がDからE、EからFへと売り渡された。しかし、DE間の契約は無効な契約であった。ポティエは①の事例について、Cは短期取得時効の成立を主張することができないと考える。占有者が無効な取得権原に基づいて占有している場合、無効な取得権原は正権原にあたらないと考えるからである<sup>14</sup>。しかし、ポティエは、②の事例について言及していない。また、相続制度との関係についても言及していない。



#### (四) 短期取得時効の完成による物的負担の消滅

ポティエによれば、短期取得時効の完成による物的負担の消滅は、物的負担の消滅時効ではない。消滅時効は債権者が訴権の行使を怠ったことを基礎にしているのに対し、短期取得時効の完成による物的負担の消滅は民事占有を基礎としている。つまり、物的負担の消滅は、善意の取得者を保護するために与えられたものである。

この場合において、善意とは、前主が物的負担から自由で完全な所有権を有すると信じることである。ただ、正権原には前主が無権利者の取得権原のみならず、所有者からの取得権原も含まれる<sup>15</sup>。それは、前主が所有者であったとしても、取得者が物的負担の追及を受けるからであろう。

#### (五) 二重譲渡の第一譲受人

わが国では、所有者からの取得者である二重譲渡の第一譲受人に、短期取得時効の成立を認めるか否かが争われていた。

ポティエは、占有者が所有者からの追奪を受ける場面として、取得（占有）者の前主が無権利の場面を想定しており、第二譲受人から追奪を受けることを想定していない<sup>16</sup>。それは、ポティエの二重譲渡理論によれば、所有者からの取得（占有）者が所有者からの追奪を受ける可能性がないためである。

ポティエによれば、二重譲渡の譲受人間の優劣は引渡の先後によって決せられる。それゆえ、二重譲渡の第一譲受人が引渡を受けている場合、第一譲受人は取得時効を主張することなく、第二譲受人に優先する。また、二重譲渡の第二譲受人が引渡を受けている場合には、第一譲受人には占有がないためそもそも短期取得時効の成立が問題にならない<sup>17</sup>。したがって、二重譲渡の第一譲受人に短期取得時効が成立するか否かにつきポティエが言及しない理由は、その二重譲渡論に理由があるといえよう。

- 1 MALAURIE et AYNES, Les biens, La publicité foncière, 5<sup>e</sup>éd, 2002, (以下では MALAURIE et AYNES, Les biens と略す), n<sup>os</sup> 566, p172et s.
- 2 COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, t.II., 10<sup>e</sup>éd par JULIOT de la MOLANDIERE, 1953., n<sup>o</sup> 1928, p 1164.
- 3 MALAURIE et AYNES, Les biens, n<sup>o</sup> 568, p 173.
- 4 H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière, 6<sup>e</sup>éd par RANOUIL et CHABAS, 1988, (以下では H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Sûretés, と略す), n<sup>o</sup> 576, p 527.
- 5 金山直樹『時効理論展開の軌跡』100 頁以下(平成 6 年)は、ポティエの取得時効論に關する先駆的研究であり、本節はこの研究の再確認にすぎない。
- 6 POTHIER, Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, Traité de la possession, 1846, par BUGNET, (以下では poss と略す) n<sup>os</sup> 6, p 269 et s.
- 7 金山・前掲『時効理論展開の軌跡』101 頁
- 8 占有者の善意は、宥恕できる(excusable)もの、すなわち正当な理由(juste sujet)を有するものでなければならない。例えば、甲が占有している丙の土地を、甲の所有物と偽って乙に対して売り渡した場合を想定してみよう。この場合、占有者を占有によって占有物の所有者であると推定されるので、甲は占有土地の所有者と推定される。それゆえ、乙の善意は正当なものと評価される。(pres n<sup>o</sup> 28, p 328.)。しかし、公示制度が存在する場合には、公示を調査しない限り、占有者の錯誤は正当理由を持たないという。それは、占有者は公示制度を利用して権原証書と事実が合致するか否かを調査することができるからである(pres n<sup>o</sup> 141., p 369.)。つまり、占有者の善意は、占有者が権原証書と事実が合致するか否かを調査した場合にのみ、正当な理由ある善意となる。
- 9 poss, loc.cit., POTHIER, Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, Traité de la prescription, 1846, par BUGNET, (以下では pres と略す) n<sup>o</sup> 57, p 337.
- 10 pres n<sup>o</sup> 95. p 350 拙稿「短期取得時効と確定日付ある証書—フランス主要裁判例の検討—」九大法学 78 号 497 頁以下は、「善意こそが重要であって、正権原はその一要素にすぎない」とするのがポティエの立場だと述べた。しかし、ポティエは、正権原の要素を軽んじてはいない。すなわち、無効な契約であっても、正権原に値するならば、その無効な契約を正権原として短期取得時効が成立すると述べているのである。したがって、正権原が短期取得時効の重要な要素であることを否定してはいない。また、正権原を善意の一要素とはしていない。この記述は、ローランの学説(LAURENT, Principes de droit civil français, 1878, n<sup>o</sup> 399, p 424.)に無批判にしたがった結果であり、訂正させていただきたい。
- 11 POTHIER, Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, Traité des obligations, 1846, par BUGNET, (以下では obli と略す) n<sup>o</sup> 10, p 10.
- 12 ISAMBERT, DECRUSY et JOURDAN, Recueil général des ancienne lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, t.18., p 137. (1667 年の民事訴訟王令の翻訳としては、塙浩「ルイー四世民事訴訟王令(一六六七四年四月)(一)(二・完)」神戸 24 巻 2 号 165 頁, 3 号 263 頁(昭和 49 年)がある。1667 年の民事訴訟王令の前身であるムラン王令(1566 年)もこのような間接的形式主義を定める(ISAMBERT, DECRUSY et JOURDAN, Recueil général des ancienne lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, t.14., p 203.)
- 13 pres n<sup>os</sup> 98., pp 352 et s.
- 14 pres n<sup>os</sup> 85et s., pp 346et s.
- 15 pres n<sup>os</sup> 125 et s, pp 362 et s
- 16 poss n<sup>o</sup> 9., p 270. pres n<sup>o</sup> 28., p 328., et n<sup>o</sup> 57., p 337. の記述を参照。ただ, poss n<sup>o</sup> 6., p 270.では、取得権原の前主の所有権の有無に拘らず正権原になりうるとしている。
- 17 金山・前掲『時効理論展開の軌跡』126 頁 注(20)

## 2 フランス民法典制定後の学説

### (一) ポティエとフランス民法典の関係

ポティエは、民事占有を短期取得時効の成立要件としていた。これに対し、フランス民法典は、民事占有を成立要件としない。善意は所有権取得時に存在すればたり、所有権取得時から短期取得完成時まで継続して存在する必要はない。ただ、正権原は、ポティエと同様に短期取得時効の成立要件である。

また、短期取得時効の完成によって消滅する物的負担は抵当権に限定された。短期取得時効の完成によって抵当権が消滅する場合、その時効の起算点は第三取得者が正権原を登記した時である（フランス民法典2180条1項4号、3項）。

このように、フランス民法典は、ポティエの見解に対して変更を加えている。このことは、ポティエの見解を完全に否定するものであろうか。結論を先取りしていえば、決してそうではない。フランス民法典制定後の学説は、ポティエの制度趣旨を基本的に踏襲している。

### (二) 短期取得時効の所有権取得効

短期取得時効の所有権取得効が問題になる場合、フランス民法典制定後の学説は短期取得時効の制度趣旨を次のように解する。不動産取引において、前主の所有権を調査するのは困難である。不動産の取得を望む者は、現実の所有権の帰属と必ずしも一致しない外観に基づいて行動せざるをえない。それゆえ、所有者らしい外観を信じた、不動産の善意の取得者を保護する必要がある。そこで、短期取得時効は前主を所有者と信じて、完璧な (irréprochable) 取得権原にしたがって所有権を取得した者を所有者の追奪から救済する<sup>1</sup>。そして、短期取得時効の完成により所有権を奪われる者に所有物返還訴権を行使する機会を与えるため、占有者は10年または20年間占有を継続しなければならない<sup>2</sup>。

#### (1) 正権原

ポティエは、誤想権原であっても、取得権原の存在を信じるにたる正当事由

が占有者であれば、誤想権原を正権原として扱っていた。しかし、フランス民法典制定後の学説は、正権原の要件を厳格に解し、取得権原の存在を信じるにたる正当事由が占有者にあったとしても、誤想権原を正権原として扱わない<sup>3</sup>。

フランス民法典制定後の学説は、短期取得時効の抵当権消滅効が問題になる場合には前主の所有権の有無を問わないが、所有権取得効の場合には「前主が所有者であったならば、占有者に所有権が移転していたであろう取得権原」が正権原であり、占有者はその正権原を登記する必要はない。ただ、不動産が二重譲渡された場合、未登記の第一譲受人が短期取得時効を登記を備えた第二譲受人に対して主張することができるか否かについて争いがある。この未登記の第一譲受人は、所有者からの取得者であり、無権利者からの取得者ではない。肯定説は、この第一譲受人は、所有者からの取得者であるが、第二譲受人の登場によって、取得していた優先権を失ったという点で、無権利者からの取得者と同視できると考える（テレ＝シムルール）<sup>4</sup>。

フランス民法典は、古法時代の民事訴訟王令同様、一定金額以上の取引を行う者に私署証書または公署証書の作成を強制している（フランス民法典1341条<sup>5</sup>）。この規定は取得権原にも適用されるので、占有者は正権原の存在を証明するために、権原証書を作成しなければならない<sup>6</sup>。

共有物の分割のように所有権の存在を宣言する行為（acte déclaratif）は、正権原にならない。それは、共有物の分割は、共有権者が既に取得していた権利を宣言するものであって、所有権を占有者に移転させる取得権原でないからである<sup>7</sup>。

## （２）善意

フランス民法典2265条によれば、占有者の善意は短期取得時効の完成に必要な期間中継続する必要はなく、所有権取得時に存在すれば足りる。この条文は、ポティエの見解に比べて善意の要件を軽減するものである。これは、フランス民法典起草者の長期取得時効に対する思想を反映している。すなわち、フランス民法典の起草者は、長期取得時効を①所有権の庇護者（sauve-garde）であ

ると同時に②社会秩序の基礎となる公益上の制度でもあると考える<sup>8</sup>。そして、②の観点から、長期取得時効は善意・悪意という内心の問題に関与せず、占有者が善意か否かに拘らず長期取得時効は成立するとしている<sup>9</sup>。短期取得時効も長期取得時効と同様に、占有者が短期取得時効の成立に必要な期間内に悪意になったとしても、短期取得時効は成立する<sup>10</sup>。

しかしフランス民法典制定後の学説は、善意の継続を免除する代わりに、善意要件を厳格に解する。つまり、占有者が前主の所有権に疑いを持っている場合、その占有者は悪意になり、短期取得時効は完成しないとする。また、占有者の前主が無効な取得権原によって所有権を取得していた場合、占有者がその権原の無効を認識していたならば、その占有者は悪意であり、短期取得時効が成立しない<sup>11</sup>。

### （３）短期取得時効と契約法・相続法の関係

例えば、BがAの所有地を自分の所有地であると偽ってCに売渡し、CがB・C間の売買契約を正権原とした短期取得時効の成立を主張する時、①B・C間の契約が公序良俗違反による絶対的無効な契約であった場合②B・C間の契約が、Cの脅迫による相対的無効な契約であった場合、もし短期取得時効の成立を認めると、短期取得時効の所有権取得効と契約法上の無効が競合する。

マロリー＝エネスは、短期取得時効は所有物返還訴権から占有者を保護する制度であって、無効訴権から占有者を保護する制度ではないと考える<sup>12</sup>。この見解からすれば、①②ともに短期取得時効の成立が認められないはずである。しかし、フランス民法典制定後の学説は、無効の性質にしたがって、一定の場合に短期取得時効の成立を認めている。無効訴権を行使できる者の範囲は、無効が相対的無効か絶対的無効かで異なってくる。絶対的無効の場合、利害関係を有するすべての者が無効訴権を援用できるが、相対的無効の場合、表意者などの限られた者しか無効訴権を援用できない<sup>13</sup>。事例②のように占有者の取得権原が相対的無効の場合、所有者は占有者に対して所有物返還訴権を行使するほかない。それゆえ事例①のように、所有者が無効訴権を援用する場合には短

期取得時効は成立しないが、事例②のように、所有物返還訴権しか援用できない場合に限って、短期取得時効が成立する<sup>14</sup>。

この観点からすれば、③DからEにDの所有地が売り渡されたが、DがDE間の契約の無効を原因としてDの所有地の返還を請求し、Eがこの返還請求に対して短期取得時効の抗弁を主張する場合、Dが行使する訴権は無効訴権であるから、Eに短期取得時効の成立を認めることは許されない。フランス民法典制定後の学説もそう解する<sup>15</sup>。

では、占有者の取得権原は有効なものであるが、占有者の前主の取得権原の無効・解除が争われる場合、短期取得時効と契約法はいかなる関係にあるのだろうか。④Fの所有地がFからG、GからHへと売り渡されたが、FG間の契約が無効な契約であった場合、もしくはFG間の契約が解除された場合、フランス民法典制定後の学説は短期取得時効の成立を認める<sup>16</sup>。売主は、買主に対しては無効訴権や解除訴権を行使できるが、買主からの転得者に対しては所有物返還訴権を行使しなければならない<sup>17</sup>。したがって、④の事案についてフランス民法典制定後の学説が採用した解決は、訴権の性質を基準とした①②③の解決と整合的なものである。次に、⑤相続によって不動産を取得した場合や被相続人の生前に自由分を越える贈与によって不動産の占有を取得した場合、短期取得時効は、相続法とも抵触する可能性がある。フランス民法典制度後の学説は、取得者が短期取得時効の要件を満たしたとしても、短期取得時効の成立を認めない<sup>18</sup>。しかし、⑥被相続人の生前に自由分を越える贈与を受けていた者から有効な取得権原によって所有権を取得した転得者が短期取得時効の要件を満たすならば、短期取得時効は成立する。それは、⑤の場合、不動産の返還を主張する者が相続回復訴権や遺留分減殺訴権を行使できるのに対し、⑥の場合、不動産の返還を主張する者は所有物返還訴権を行使せざるをえない<sup>19</sup>。したがって、⑤⑥の解決も①から④までの解決と整合するものである。

以上より、フランス民法典制定後の学説は次のように考えているといえる。すなわち、所有物返還訴権が行使された場合は短期取得時効が成立する（②④

⑥) が、無効訴権や遺留分減殺請求権等の所有物返還訴権以外の訴権が行使された場合は短期取得時効が成立しない(①③⑤)。つまり、短期取得時効は所有権返還訴権から善意の取得(占有)者を救済する制度でしかなく、占有者に対して行使された訴権が契約法・相続法によって与えられた訴権なら、善意の取得(占有)者といえども保護されない。したがって、短期取得時効の所有権取得効と契約法・相続法が競合する場合、所有者の援用できる訴権の性質にしたがって、短期取得時効と契約法・相続法の優劣が決定される。

## (二) 短期取得時効の完成による抵当権の消滅

近時の学説は、ポティエと同様に、短期取得時効が所有権の取得と抵当権の消滅という2つの効果を有する混合的制度であると解する<sup>20 21</sup>。

ただフランス民法典は抵当権消滅効が問題になる場合に正権原が登記された時点をその時効の起算点とする。つまり、この場合のみ、正権原は登記されねばならない。しかし、正権原の登記を要求する理由を民法典の起草者は明らかにしていない。それゆえ、抵当権を消滅させるもう一つの制度である滌除制度に関する議論から類推するほかない<sup>22</sup>。フランス民法典は抵当権の設定された不動産を取得した者が抵当権を滌除するために登記が必要であると定める(フランス民法典2181条)。立法院において、この登記は所有者と取得者の間で行われる秘匿された詐欺的な行為(actes clandestins et frauduleux)から抵当債権者を守るための要件であると説明された<sup>23</sup>。フランス民法典制定後の学説も秘匿された詐欺的な行為から抵当権者を保護するために正権原が登記されねばならないという<sup>24</sup>。

しかし、コラン＝カピタンが正当にも指摘するように、正権原の登記を要求したとしても所有者の処分行為は隠匿された行為になりうる。抵当権者は、一旦自己の抵当権を登記したならば、所有者の処分行為に気をかけない<sup>25</sup>。それゆえ、正権原の登記を要求したとしても、抵当権者が所有者の処分行為を認識できるとは限らない。

判例は、抵当権者を保護するために別の法理を用いる。すなわち、フランス民法典2257条<sup>26</sup>を適用して、被担保債権の期限の到来を短期取得時効の起算点とするのである。フランス民法典2257条は債権の条件・期限の成就まで、時効が停止することを定めた時効の停止に関する規定であるが<sup>27</sup>、学説は、債権に条件・期限が付されている場合における時効の起算点を定める規定であると解し、条件・期限の成就まで消滅時効は起算されないとする<sup>28</sup>。更に進んで、債権だけでなく抵当権のような条件・期限の付けられた物権にも、フランス民法典2257条は適用される<sup>29</sup>。コラン＝カピタンは、このフランス民法典2257条の活用は正権原の登記よりも抵当権者の保護に有用であるとする<sup>30</sup>。

しかしながら、このような解釈は、本来債権の消滅時効に適用されるべき規定を取得時効に適用するものであり、理論上問題がある。それでもなお学説がこの解釈を支持するのは、被担保債権の弁済期前で抵当訴権を用いた時効中断をなしえない抵当権者が抵当権を失う危険から、抵当権者を守らねばならないと考えるからであろう。この観点から起算点の変更のみならず、被担保債権の弁済期前の抵当権者に抵当権確認訴権（*action en déclaration d'hypothèque*）が与えられ、その抵当権者は短期取得時効を中断する機会を有する<sup>31</sup>。

フランス民法典は、取得時効の完成によって消滅する物的負担は、抵当権のみであるとしていた。しかし、フランス民法典制定後の学説は、占有目的物に物的負担（地役権、用益権）が設定されていることを占有者が知らないならば、取得時効の完成によってこれらの物的負担は消滅すると考える<sup>32</sup>。つまり、この点について、フランス民法典制定後の学説は、フランス民法典の建前を離れて、ポティエの見解に回帰している。

## （五）小括

短期取得時効によって、所有者の追奪や物自体に付随する物的負担（抵当権等）から善意の取得（占有）者を保護・解放し、完全かつ自由な所有権を取得せしめると考えている点において、制度趣旨に関するポティエの見解はフラン



ス民法典制定後の学説へと継承されている。

ただ、フランス民法典制定後の学説は、ポティエの見解を修正している。ポティエは、所有者からの追奪が起る原因として、前主の無権利を想定していた。フランス民法典制定後の学説も、基本的に、この視点を継承する。しかし、登記制度の導入によって、取得権原の登記を怠った二重譲渡の第一譲受人は、所有者からの取得者であるにもかかわらず、所有者からの追奪を受ける。このような第一譲受人であっても、短期取得時効の成立要件を満たしているならば、短期取得時効が成立すると解する説もある。次に、ポティエによれば、誤想権原であっても正当事由がある場合には正権原として扱われた。しかし、フランス民法典制定後の学説は、この点を厳格に解し、たとえ正当事由があったとしても誤想権原は正権原として扱われないとした。また、ポティエは、短期取得時効と相続法の関係を明らかにしていなかった。フランス民法典制定後の学説は、短期取得時効と契約法・相続法が抵触しうる場合において、所有者が契約法・相続法によって与えられた訴権を行使するならば短期取得時効が成立しないとしている。

フランス民法典制定後の学説は、フランス民法典の起草者の見解も修正している。まず、フランス民法典制定後の学説は前主の所有権に対して疑いがあるとはならないとしている善意を厳格に解している。次に、フランス民法典によれば短期取得時効の完成による物的負担の消滅が問題になる場合、短期取得時効は物的負担のうち抵当権しか消滅させない。フランス民法典制定後の学説は、短期取得時効が抵当権以外の物的負担も消滅させるとし、ポティエの見解へ回帰している。また、フランス民法典は抵当債権者保護の趣旨から正権原に登記を要求していたが、その趣旨は果たされていない。そこでフランス民法典制定後の学説はフランス民法典2257条の活用ならびに抵当権確認訴権を認めることで抵当権者の利益を確保している。

- 1 LARROUMET, Droit civil, Les biens, t.2., 6<sup>éd.</sup>, 1997, n° 639., pp 348 et s ; MALAURIE et AYNES, Biens, n° 565, p 171;  
BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de droit civil, t.3, 4<sup>éd.</sup>, 1893., no 1700., p 1012, n° 1688., p 1008; TROPLONG, De la prescription, 2<sup>éd.</sup>, 1836., n° 873., pp 460 et s; CARBONNIER, Droit civil, t.3., 18<sup>éd.</sup>, 1998., n° 191., p 292;
- 2 H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, Biens, droit propriété et ses démembrements, 8<sup>éd</sup> par CHABAS, 1994, (以下では, H et L., J MAZEAUD et CHABAS, les biens と略す) n° 1497, p 251; JOURDAIN, Les biens, 1995., n° 198, p 255. (占有の瑕疵である)
- 3 MARCADE, Explication du code Napoléon, de la prescription., nouv éd., 1861 Art 2269., I., p 195. III., p 198; BAUDRY-LACANTINERIE, op.cit, t.3, 4<sup>éd.</sup>, 1893., n° 1700., pp 1012 et s ; LAURENT, Principes de droit civil, t.32., 3<sup>éd</sup>, n° 399 et s.pp 422ets; TROPLONG, De la prescription, 2<sup>éd.</sup>, 1836., n° 890 et s., pp 489 et s; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription, 4<sup>éd.</sup>, 1924., n° 688 et s., pp 539 et s; AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, t.6., 5<sup>éd</sup> par RAU et FALCIMAIGNE., 1897., n° 218. pp 548 et s ; PLANIOL et RIPERT, op.cit, t.3., 2<sup>éd</sup> par PICARD, 1952, n° 706., p 714. ; COLIN et CAPITANT, op.cit, t.I., 1953., par JULLIOT de la MOLANDIERE, n° 1892., p 1048; RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, t.II., 1957., n° 2703., p 943; H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, n° 1505 et s, pp 257 et s; JOURDAIN, op.cit, n° 200, pp 256 et s; LARROUMET, op.cit., n° 645., pp 353 et s; CARBONNIER, Droit civil, t.3., 18<sup>éd.</sup>, 1998., n° 199 note (b)., p 303; CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, 10<sup>éd</sup>, 2001., n° 1581 note 27, p 633; MALAURIE et AYNES, Biens, n° 567, p172; TERRE et SIMLER, Droit civil, Les biens, 6<sup>éd.</sup>, 2002., (以下では TERRE et SIMLER, Droit civil, Les biens と略す) n° 467., p 345; (但し, ムールロンは正権原なしに短期取得時効が成立する可能性を認める。MOURLON, Répétitions écrites sur le troisième du code Napoléon, t.3., 1874., n° 1939 et s., pp 879 et s.)
- 4 TERRE et SIMLER, Les biens, 6<sup>éd.</sup>, 2002., n° 465., p 344; BAUDRY-LACANTINERIE, op.cit, t.3, 4<sup>éd.</sup>, 1893., n° 1695., p 1011; AUBRY et RAU, op.cit., n° 218. p 547; H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, n° 1504 et s, pp 257 et s; JOURDAIN, op.cit., 1995., n° 200, p 258; 反対説: PLANIOL et RIPERT, op.cit., t.3., n° 707., p 715; RIPERT et BOULANGER, op.cit, t.II., n° 2704., pp 943 et s.は, 正権原に登記を要求するよう再考する余地があるという。同旨 JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, t.1., 1930., n° 1762., p 878.ボードリー・ラカンティヌリー＝ティシエは, 正権原を登記する必要はないが, 二重譲渡の第一譲受人は短期取得時効の成立を主張できないとする (BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op.cit., De la prescription., n° 674 et s., pp 526 et s; 同旨 MALAURIE et AYNES, Biens, n° 566 et s, pp 171 et s; LARROUMET, op.cit., t.2., n° 642., pp 351 et s., et n° 649., pp 367 et s.)。ローラン等は正権原に登記を要求する立場から, この場合には短期取得時効は成立しえないという ( LAURENT, op.cit, t.32., n° 395. p 417; CARBONNIER, op.cit, t.3., n° 199 note (a)., p 303 (但しカルボニエは, 二重譲渡でない場合には, 占有者が所有者からの取得者であっても短期取得時効は成立するとする CARBONNIER, op.cit, n° 199 note (d)., p 304.)。正権原と登記につき論ずるものとして, FOURNIER, Le juste titre en droit français moderne, 1942.がある。
- 5 フランス民法典 1341 条① デクレによって定める金額または価額を超える全てのものについては, 任意的寄託のためであっても, 公証人の面前で, または私署によって証書を作成しなければならない。より少ない金額または価額に関わる場合であっても, 証書の内容に反し, 又はその内容外のいかなる証人による証拠も, 証書作成前, 作成時又は作成後に述べら

れたと主張される事柄についても、受理されない。

② このことはすべて、商事に関する法律に定める事柄を妨げない。」

- 6 BAUDRY-LACANTINERIE, op.cit, t.3, n° 1696., p 1011 ; TROPLONG, op.cit, n° 892., p 490; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op.cit, De la prescription, n° 677., p 529; AUBRY et RAU, op.cit, t.6., n° 218. pp 546 et s; TERRE et SIMLER, op.cit, n° 468., p 347;
- 7 MARCADE, op.cit, Art 2269., I., p 195; BAUDRY-LACANTINERIE, op.cit, t.3, n° 1692., p 1009 ; LAURENT, op.cit, t.32., n° 401.p 426; TROPLONG, op.cit, n° 886., pp 478 et s; AUBRY et RAU, op.cit, t.6., n° 218. pp 542 et s; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op.cit, De la prescription, n° 659., pp 516 et s; PLANIOL et RIPERT, op.cit, t.3., n° 702., p 711; COLIN et CAPITANT, op.cit, t.I., n° 1889., p 1047; RIPERT et BOULANGER, op.cit, t.II., n° 2698., p 942. H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, n° 1501, p 253; JOURDAIN, op.cit, n° 200, p 257; LARROUMET, op.cit, t.2., n° 641., p 351; CARBONNIER, op.cit, t.3., n° 191., p 293; MALAURIE et AYNES, Biens, n° 566, p 172; TERRE et SIMLER, Les biens, n° 467., pp 346 et s; (ただ、カルボニエは宣言証書も正権原になりうるとする CARBONNIER, op.cit, n° 199 note (a)., p 303;)。
- 8 FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil (以下では FENET と略す), 1968, t.15, p 574.
- 9 FENET, t.15., pp 593 et s.
- 10 FENET, t.15., pp 590 et s.
- 11 AUBRY et RAU, op.cit, t.6., n° 218. p 551; JOSSERAND, op.cit, t.1., n° 1766., p 879.; PLANIOL et RIPERT, op.cit, t.3., n° 709., pp 716 et s; RIPERT et BOULANGER, op.cit, t.II., n° 2706., p 944; JOURDAIN, op.cit, n° 201, p 258; LARROUMET, op.cit, t.2., n° 651., p 359. CORNU, op.cit, n° 1586, p 634; MALAURIE et AYNES, Biens, n° 568, p 173. TERRE et SIMLER, Les biens, 6<sup>e</sup>éd., 2002., n° 469., p 348; ポティエは、公示によって、占有者は悪意になるとしていた。民法起草後の学説にも、公示されていたならば、その事項について調査しなかった占有者は疑いを持っていたことになり、悪意者として扱われるべきとするものもある。(LARROUMET, op.cit., t.2., n° 651., p 359.)。
- 12 MALAURIE et AYNES, Biens, n° 568, p 173.
- 13 鎌田薫「いわゆる相対的無効について」法時 67 卷 4 号 83 頁 (平成 7 年)
- 14 LAURENT, op.cit, t.32., n° 391 et s. pp 411 et s; TROPLONG, De la prescription, 2eéd., 1836., n° 905., pp 506 et s; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op.cit, n° 668., pp 521 et s; PLANIOL et RIPERT, op.cit, t.3., n° 704., p 713, et n° 707., p 715; RIPERT et BOULANGER, op.cit, t.II., n° 2701., p 942. CORNU, op.cit, n° 1583, p 633; H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, n° 1503 et s, pp 255 et s; JOURDAIN, op.cit, n° 200, p 257; LARROUMET, op.cit, t.2., n° 647., pp 354 et s; CARBONNIER, op.cit, n° 191., p 293; MALAURIE et AYNES, Biens, n° 567, p 172; TERRE et SIMLER, Les biens, n° 467., p 346; フランス民法典制定後の学説は、相対的無効な取得権原も正権原になるという (LAURENT, op.cit, t.32., n° 396, pp 417 et s; TROPLONG, op.cit, n° 906., pp 508 et s; AUBRY et RAU, op.cit, t.6., n° 218. pp 545; PLANIOL et RIPERT, loc.cit; H et L., J MAZEAUD et CHABAS, loc.cit; JOURDAIN, loc.cit; LARROUMET, op.cit, t.2., n° 648., pp 356 st s;)。ただし、無効訴権は、債務者が無資力の場合、債務者代位権によって代位行使できる (TERRE, SIMLER et LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 1999, n° 1046, p 956) カルボニエは、前主が所有者で所有者と占有者の間の契約が無効な場合であっても、短期取得時効は成立しうるとする (CARBONNIER, op.cit, n° 199 note (d)., p 304;)。
- 15 H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, n° 1504 et s, pp 256 et s.
- 16 PLANIOL et RIPERT, op.cit., t.3., n° 710., p 717.
- 17 Rép.civ., Action, par Vincent, 1978, n° 381

- 18 COLIN et CAPITANT, op.cit, t.I., n° 1895., p 1050;  
19 Rép.civ., Quotité disponible, par JULIEN, 1975, n°545 et n°583.  
20 COLIN et CAPITANT, op.cit, t.II., n° 1926, p1163.

コラン＝カピタンの見解に至るまで、フランス民法典制定後の学説は取得時効の完成による抵当権の消滅の根拠を正確に位置づけられていた。ボードリー＝ラカンティヌリーは、抵当権を所有権の一部分(démembrement)と捉える。そして、取得時効は、占有者に所有権を移転させるだけでなく、取得権原によって占有者に移転されなかった所有権の一部分(すなわち抵当権)も取得させる。したがって、短期取得時効の完成による抵当権の消滅とは、占有者に移転されなかった所有権の一部が占有者に移転することを指す(BAUDRY-LACANTINERIE, op.cit, t.II., n° 2118., p 1040.)。しかし、フランスの通説は、抵当権を所有権の一部分とは考えていない(H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière, 6<sup>ed</sup> par RANOUIL et CHABAS, 1988, (以下ではH et L., J MAZEAUD et CHABAS, Sûretésと略す) n° 54, p 77.)ゼナティは、抵当権は所有権の一部分ではなく、そう考えるのがフランスの通説であるという。(ZENATI et KANAYAMA, Entreteniens sur la prescription, Himeji international Forum of Law and Politics, No 2, 1995, p. 91)。<sup>o</sup>したがってこの見解は採り得ない。また、ゼナティは、原始取得の観点から抵当権の消滅を位置づけることもできないとする。それは、取得時効の完成による原始取得によって抵当権が消滅すると考えるならば、占有者が真の所有者からの取得者であった場合、取得時効は既に所有権を得ている第三取得者に再び所有権を取得させることになるからである。更に、ゼナティは、占有者が自由の時効取得し、その結果抵当権のない自由な所有権を取得すると考えることもできないという。それは、自由は物ではないのでそれに対する占有を観念し得ないからである。次に、プラニオル＝リペールは、取得時効の完成による抵当権の消滅は、占有者に所有権を取得させるものでない以上、抵当権の消滅時効と解するほかないとする(PLANIOL et RIPERT, op.cit., t.13., 2<sup>ed</sup> par BECQUE, 1953, n° 1339., p 735.)。しかし、この見解に対しては、次のような反論がなされうる。すなわち、債権の消滅時効に関しては占有が不要であるにも拘らず、フランス民法典 2180 条では第三取得者は取得時効の成立要件を満たすこと、つまり占有の継続が求められている。プラニオル＝リペールの見解では、占有が必要ない理由が明らかでない。

- 21 近時の学説は、この見解にしたがう(MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Les sûretés, La publicité foncière, 2<sup>ed</sup>, 1987., n° 386, p 237. H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Sûretés, n° 577, p 527.), もしくはこの問題にそもそも触れない(例えば, TERRE et SIMLER, Les sûretés, La publicité foncière, 3<sup>ed</sup>, 2000.)。また、このような見解の対立は理論上のものにすぎないとする見解もある(Rép. civ Hypothèque, par RAYNAUD et PIEDELIEVRE, 1972, n° 939.)。
- 22 古法時代、南部成文法地域のみならず北部慣習法地域でも短期取得時効の完成によって抵当権を消滅させていた(MALEVILLE, Analyse raisonnée de la discussion du code scivil au conseil d'État, t.4 1804, p 317.)しかし、濫除も古法にその起源を有し、短期取得時効と共に抵当権を消滅させる制度として機能していた(西津佐和子「濫除」九大法学 74 号 79 頁注(1)(平成9年))。
- 23 FENET, t.15., p 472.
- 24 PLANIOL et RIPERT, op.cit, t.13., n° 1333., p 729.
- 25 COLIN et CAPITANT, op.cit, t.II., n° 1933, p 1166.
- 26 フランス民法典 2257 条「時効は、[以下の場合には] 何ら進行しない  
条件付き債権については、条件が成就するまで  
担保訴権については、追奪が生じるまで  
期日を有する債権については、その期日が到来するまで」
- 27 ボティエは、物の所有者が物を取り戻すために訴訟を提起することが不可能な状態にある場合、短期取得時効はそのような状態にある所有者に対して進行しない、としていた。すなわち、物の所有者が物を取り戻すために訴訟を提起することが不可能な状況にある場合には、

ローマ法の法諺「訴訟をなし得ざる者に対しては時効は進行せず(Contra non valentem agere, non currit praescriptio)」(以下では「権利行使不可能の法理」と略す)が適用される。この法理が適用される事例として、兵役(service de l'Etat)に出ている者や不在者(absent)に対する短期取得時効の停止、夫婦間での短期取得時効の停止があげられている(pres nos 22 et s, pp 326 et s)。

しかし、フランス民法典の起草者はこの法理につき消極に解し、フランス民法典 2251 条は停止事由を限定した(フランス民法典 2251 条「時効は、法律が定める何らかの例外にあたる場合を除いて、全ての者に対して進行する」)。19 世紀フランスの学説においては、2252 条以下に定められた時効の停止事由は制限列举であって、権利行使不可能の法理による停止は認められないと主張する者もあった(BAUDRY-LACANTINIERE, op. cit., t.3., n° 1656., p 988.)。しかし、トロロンによる提言以来(TROPLONG, op.cit., n°s 700, pp 268 et s), この法理はフランス学説・判例において、あらたな時効の停止事由として承認されるに至った(TEREE et SIMLER, Les biens., n° 474., p 351.ZENATI, op.cit., n° 320., p 329.)。ただ、所有者が権利を行使することが不可能であったと評価される場合は限定されている。例えば、所有者が自信が所有者であることを知らなかったために占有者に返還請求をできなかった場合には、その所有者の不知がその者の過失に起因しないこと(CORNU, op.cit., n° 1575., p 592., note 21.), または不可抗力と同等の原因によって引き起こされた場合にしかこの法理を用いることができない(JOURDAIN, op.cit., n° 193., p 252., MALAURIE et AYNES, Biens, n° 562, p 159.)。

フランス民法典 2257 条をこの権利行使不可能の法理の一場面と見る学説もあるが、(H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Suretés, n° 574, p 525.), 多くの学説はこの条文を時効の起算点を定めた規定と解する(LAURENT, op.cit, n° 20., pp 31 et s.TERRE, SIMLER et LEQUETTE, Les obligations, 7<sup>e</sup>éd, 1999, n°s 1389 et s., pp 1232 et s;MALAURIE et AYNES, Les obligations, 11<sup>e</sup>éd., 2001., n° 147., p 109.)

28 LAURENT, op.cit., n°s 16 et s., pp 27 et s.

29 PLANIOL et RIPERT, op.cit., t.13., n° 1334., pp 730 ets.

30 コラン＝カピタンは更に進んで、次のような理由から、短期取得時効の完成による抵当権の消滅を削除すべきであるとする。すなわち、短期取得時効の完成による抵当権の消滅は、隠れた抵当権から第三取得者を抵当権から守る制度であった。そのため、登記制度が制定された以上、短期取得時効の完成による抵当権の消滅という制度は不要である(COLIN et CAPITANT, op.cit, t.II., n° 1933, p 1166.同旨の見解として PLANIOL et RIPERT, op.cit., t.13., no 1340., pp 736 et s. H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Suretés, n° 578, p 528.)

31 PLANIOL et RIPERT, op.cit, t.13., n° 1336., pp 733et s.;COLIN et CAPITANT, op.cit, t.II., n° 1931, p 1165.

32 JOURDAIN, op.cit, n° 196, p 254; TERRE et SIMLER, Les biens, n° 486., p 359.短期取得時効の完成による地役権の消滅を認めた裁判例としては、Nancy 14 mars 1842, S. 1842. II. 133.がある。

### 3 フランス裁判例の展開

裁判例は、まず大きく（一）短期取得時効の所有権取得効が問題になった事件と（二）短期取得時効の抵当権消滅効が問題になった事件とに分けられる。

（一）は、（１）短期取得時効の成否のみが問題となった事件と、（２）短期取得時効と契約法・相続法が競合する事件に分けられる。

（１）の事件は、更に（a）短期取得時効の成立を主張する者が無権利者から所有権を取得した場合と、（b）短期取得時効の成立を主張する者が所有者から所有権を取得した場合とに分けることができる。

（２）の事件も次のように分けられる。甲の有する不動産が、（a）甲から乙、乙から丙へと転々譲渡されたが、甲乙間の法律行為に無効原因・解除原因等が存する事件と、（b）乙が甲に無断で丙に売渡したが乙丙間で所有権を移転させた法律行為に無効原因・解除原因等が存する事件である。

裁判例の中には、競売のための差押の無効・競売解除と短期取得時効が競合する事件も存在する。競売は、通常の私人間の売買と異なる特殊な売買である。そこで、このような事件に関しては、（２）の（a）（b）ではなく、（c）競売介在型として独立に論ずる。

最後に短期取得時効と相続法が競合する事件について、（２）の（d）で検討する。なお裁判例の引用は、後掲の裁判例一覧表の通し番号にしたがって行う。但し、事案と判旨を引用する場合には、裁判所名・判決年月日・掲載誌を明示する。

#### （一）短期取得時効の完成による所有権の取得

##### （１）短期取得時効制度の成否のみが問題となった事件

##### （a）短期取得時効の成立を主張する者が無権利者から所有権を取得した場合

##### （ア）権原証書に記載された面積と占有された面積の不一致

取得権原が現実には存在しないにも拘らず、占有者が取得権原が存在すると誤信した場合、つまり誤想権原は正権原にあたらないと、フランス民法典制定後の学説は考えていた。

フランスの裁判例も、誤想権原は正権原にならないとしている。誤想権原による短期取得時効の成立が問題になるのは、占有者が権原証書の記載された面積以上の土地を占有している場合である。権原証書上の面積と占有面積が一致しない事件で、短期取得時効の成立を肯定した判決は存在しない（【59】【66】【80】【81】【86】【88】【106】【107】【116】【117】【124】【128】【129】【130】【134】【136】【143】【144】【148】【161】【163】（事案の詳細が不明なもの【152】【156】<sup>1)</sup>））。

【59】破毀院民事部1881年4月13日（D.P. 1881. I. 353.）

事案 Xの所有する土地は、Aの所有する土地（64ヘクタール）と隣接していた。Aは自分が所有する土地だけでなく、両地の境界付近にあるXの土地4ヘクタール（以下では甲地と呼ぶ）を占有していた。Aは自分の所有する土地64ヘクタールをYに売り渡した（この権原証書に、甲地を売り渡す旨の文言はない）。Yは、甲地もAの所有地に含まれていると考え、Aに引き続いて、甲地の占有を継続した。XはYに対して、甲地の返還を請求した。Yは抗弁として、AY間の売買契約を正権原として短期取得時効が成立していると主張した。原審はXの請求を認容、Yより上告。

判旨 上告棄却「原審は、AY間の売買契約は64ヘクタールに関するものであり、甲地はこの売買契約に含まれていないとした。Yによって援用された売買契約の目的物は甲地と合致しない。それゆえ、この契約は正権原にはなりえないのであるから、原審の判断はフランス民法典2265条に反しない。」

#### （イ）権原証書の証拠力・形式

正権原は法律行為のことであって、権原証書は証拠方法ではない<sup>2)</sup>。しかし、先にも述べたように、フランスでは全ての法律行為にフランス民法典1341条が適用されるため、一定額以上の法律行為は、

私署証書・公署証書によって証明されねばならない。それゆえ、私署証書・公署証書の証拠力の欠缺・形式不備を理由として、短期取得時効の成立を否定した裁判例が少なからず存在する。

私署証書には法律行為の当事者の署名（フランス民法典1322条<sup>3)</sup>、公署証書には公証人の署名（共和歴11年風月25日の法律10条2項）が必要である。また公署証書は、公証人の署名がある場合でも、「契約の両当事者またはその一方が署名できない場合、公署証書には別の公証人または2名の証人の署名が必要である。」（共和歴11年風月25日の法律9条1項3号）。裁判例は、権原証書が公署証書・私署証書の成立要件である署名を欠く場合、短期取得時効の成立を認めない（【3】【151】）。

【3】 アルジェリア控訴院1825年3月9日（S. 1825-27. II. 47.）

事案の詳細は不明。

判旨 「契約当事者の一方が署名し得ない場合、公署証書には、もう一人の公証人もしくは2名の証人の署名が必要である。しかし、この証書は、2名の証人の署名と売主の署名を欠いている。それゆえ、この証書は公署証書ではなく、また私署証書にもなり得ない。それゆえ、このような方式を欠く証書は、短期取得時効を基礎づけることはできない」

確定日付を欠く私署証書は、第三者に対して取得権原の成立時期を証明できない（フランス民法典1328条）。したがって、占有者が確定日付を欠く権原証書しか持たない場合、その占有者は所有者に対して正権原の成立を証明できず、短期取得時効も成立しない（【64】【65】【113】【122】）<sup>4)</sup>。

（ウ）善意

フランス民法典制定後の学説・裁判例は、占有者の善意は権原証書の記載事項に対する全幅の（plein et entière）信頼でなければならないとする。それゆえ、占有者が前主の所有権に疑いを持っていた場合、占



有者は悪意となる。マロリー＝エネスは、裁判例では前主の無権利に対する疑いを厳格に認定されていると指摘する。つまり、取得者が前主の無権利を実際に疑っていた場合のみならず、取得者が前主の無権利を疑うべきであった場合にも、占有者は悪意者として扱われている<sup>5</sup>。

このマロリー＝エネスの指摘は正当である。前主の無権利に対する疑いが認定された事件の多くは、権原証書中に前主の無権利が疑われるべき記載事項があった事件である。（【49】 【71】 【85】）<sup>6</sup>。

【71】破毀院予審部1897年7月13日判決（D.P. 1898. I. 308.）

事案 A侯爵はB自治州から亡命した。それに伴って、B自治州政府はA所有の甲湖付近の乙土地を没収した。その後没収財産は、元の所有者に返還されることとなり、乙土地もAに返還されることとなった。しかし、B自治州政府は、乙土地をCに売り渡してしまった。その後、Cは乙土地をYに売り渡した。Aの相続人Xは、Yに対して乙土地の返還を請求した。Yは抗弁として、CY間の売買契約を正権原とした短期取得時効の成立を主張した。原審はXの請求を認容、Yより上告。

判旨 上告棄却「善意とは前主への所有権帰属に対する全幅の信頼である。それゆえ、前主の所有権について疑いがある場合には、善意が否定される。」「CY間の売買契約証書には、『乙土地の所有権がC以外の者に帰属している可能性がある』『CY間の売買は買主Yの危険でなされる』旨の記載があった。売買契約証書において第三者の権利に関する記載がある以上、占有者が善意であると認めることはできない。」

- (b) 短期取得時効の成立を主張する者が所有者から所有権を取得した場合  
(ア) 取得権原

フランス民法典制定後の学説によれば、短期取得時効は原則として占有者が無権利者から所有権を取得した場合にしか成立しない。ただ、占有者が所有者から所有権を取得した場合であっても、二重譲渡の第

一譲受人が引き渡しを受けながらも未登記であった場合のみ短期取得時効が成立するという学説も存在する。

後に述べるように、二重譲渡がなされた場合の第一譲受人に短期取得時効の成立を認めた裁判例も存在する。しかし、契約当事者の一方が他方に対して短期取得時効の成立を主張するような場合には、短期取得時効の成立を認めていない。

【83】破毀院1914年3月30日判決（DP 1917. I. 180.）

事案 事案の詳細は不明。Xは、Yの無権原を理由として、Yに対してX所有の林の返還を請求した。Yは、主位的抗弁としてX Y間で本件林を100フランでYに対して売り渡す契約が存在すること、予備的抗弁としてその売買契約を正権原として短期取得時効が成立していると主張した。原審がどちらの抗弁を採用したか不明であるが、X敗訴。Xより上告。

判旨 上告棄却「売買代金が150フランを超えない場合、売買契約の存在を推定によって証明できる<sup>7</sup>。本件は売買代金が100フランだから、私署証書の抄本だけで契約の存在を証明できる。」  
「X Y間の売買契約が正権原になるか否かを論ずる利益はない。短期取得時効は、無権利者からの取得者が利用できる制度である。本件は、所有者とYの間で売買契約がなされた事案であって、占有者が無権利者から所有権を取得した事案でない。」

（イ）宣言行為

所有権の帰属を証明する方法は自由なので、所有権の帰属を争う者は権原証書だけでなく、占有や土地台帳でもって所有権の帰属を証明することが可能である。それゆえ、共有物の分割のような所有権の存在を宣言する行為（acte déclaratif）の存在を証する証書（以下、宣言証書と略す）で、所有権の帰属を証明することができる<sup>8</sup>。

このように、所有権の帰属に関する訴訟で提出される証書は多彩な内容を含みうる。それゆえ、宣言証書によって所有権を証明できなかった

た者が、その宣言証書を正権原として短期取得時効の成立を主張する可能性がある。

フランス民法典制定後の学説は、宣言行為は取得権原と異なり、所有権を移転させるものではないと考える。したがって、宣言証書では正権原の存在を証明できず、短期取得時効も成立しない。

フランスの裁判例も、宣言証書は取得権原を証明しないと考え、短期取得時効の成立を容易に認めない。宣言証書による取得権原の証明が問題となる事件としては、占有者が共有物分割にしたがって占有している不動産の時効取得を主張する場合である（【48】 【90】）。

また、所有権の帰属が裁判上争われ、その訴訟に勝訴した者がその判決にしたがって占有を開始したが後日、前訴の当事者と異なる者が占有物の所有権を主張したので、占有者は前訴の判決を正権原として短期取得時効の成立を主張したとしても、裁判例は、短期取得時効の成立を認めない。それは、所有権の帰属を定める判決は宣言的効力しか持たないためである<sup>9</sup>（【87】 【127】）。

- 1 他方、占有している土地が権原証書に記載された面積と一致する場合には、短期取得時効の成立が認められている（【17】【18】【26】【85】【97】【116】）。
- 2 COLIN et CAPITANT, Traité de droit civil, t.I., 1953, n° 1888., p 1046. H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, 1953 n° 1501, p 253; LARROUMET, Droit civil, t.2., 3<sup>e</sup> éd., 1997, t.2., n° 640., pp 350 et s; CARBONNIER, Droit civil, t.3., 18<sup>e</sup> éd., 1998, n° 198 note (b)., p 302;
- 3 フランス民法典 1322 条「私署証書でそれに対抗すべき相手方が承認するものまたは法律上承認したともなされるものは、それに署名したものの間及びその相続人及び承継人の間で、公署証書と同一の証明力を有する。」マロリー＝エネスは、法律行為の当事者の署名は、私署証書唯一の成立要件であるという（MALAURIE et AYNES, Les obligations, contrats quasi-contrats, 2001, n° 173, p 124.）。
- 4 フランス民法典 1328 条「私署証書は、それらが登録された日、それに署名した者もしくはその一方の死亡の日またはその内容が封印調書もしくは財産目録調書のような公の吏官によって作成される証書において認定される日からでなければ、第三者に対して日付を有しない。」拙稿「短期取得時効と確定日付ある証書—フランス主要裁判例の検討—」九大法学 78 号 471 頁（平成 12 年）
- 5 MALAURIE et AYNES, Les Biens, 5<sup>e</sup> éd., 2002, n° 568., p 173.
- 6 占有者と所有者との関係が近いことから占有者の疑いが証明されることもある（【89】）。
- 7 1341 条によって人証が制限される基準額は、年代によって変化している。1804 年に起草されたときは 150 フラン、1928 年に 500 フラン、1948 年に 5000 フラン、現在は 800 ユーロとなっている（基準額の変遷につき、徳田和幸『フランス民事訴訟法の基礎理論』136 頁（平成 6 年））。
- 8 フランス裁判例における所有権の証明については、七戸克彦「所有権証明の困難性（「いわゆる『悪魔の証明』について—所有権保護をめぐる実体法と訴訟法の交錯—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 27 号 73 頁（昭和 62 年）参照。H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Les Biens, n° 1637. pp 368 et s.
- 9 H et L., J MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 12<sup>e</sup> éd., 2000, n° 339. p 477.

拙稿「短期取得時効について—フランス学説・判例の検討—（１）」富大経済論  
集 49 巻 1 号 正誤・補正表

頁	行	誤	正
75 頁	上 2 - 3 行	抵当不動産について所有権 の取得時効が完成した場合 の抵当権者の帰趨に関する 規定が 397 条であって、	トル
同頁	下 8 行	いとする。	いとする
77 頁	上 10 行	(平成 8 年)	トル
81 頁	上 9 行	前主が所有者であったとし ても、(以下に右の文章が入 る)	抵当権等を有する者は所有 者からの取得者に対しても 追及できるから、
同頁	下 10 行	無権利の場面を想定してお り、第二譲受人から	無権利者であった場面を想 定しており、二重譲渡の譲 受人が
同頁	下 8 行	所有者からの	トル
84 頁	上 7 行	登記	公示

同頁	上 8 行	未登記の	公示を欠く
同頁	上 9 行	未登記の	公示を欠く
同頁	下 4 行	継続する	継続して存在する
8 5 頁	上 5 行	成立する。	成立すると考える。
同頁	下 1 1 行	無効	所有権の回復
同頁	下 9 行	この見解からすれば、①②ともに短期取得時効の成立が認められないはずである。しかし、フランス民法典制定後の学説は、無効の性質にしたがって、	つまり、所有者が無効訴権を行使できない場合に限って、
8 7 頁	上 6 行	競合する場合	競合する可能性のある場合
同頁	下 1 1 行	登記	公示
同頁	下 1 0 行	登記	公示
同頁	下 7 行	登記	公示
同頁	下 5 行	登記	公示
同頁	下 2 行	登記	公示
8 8 頁	上 9 行	登記	公示
同頁	下 1 3 行	起算点の変更のみならず	トル
8 9 頁	上 5 行	登記	公示
同頁	下 1 2 行	行使するならば	行使できる場合、
同頁	下 9 行	としている善意	としている。つまり、善意
9 4 頁	上 5 行	時効と契約法・相続法	時効による所有権取得と契約法・相続法による所有権の回復
同頁	上 1 1 行	で所有権を移転させた	の
同頁	下 7 行	短期取得時効制度	短期取得時効
9 7 頁	上 2 行	疑いを	疑いが
9 9 頁	上 8 行	事件として	の
同頁	1 1 行	したが後日、	したが、後日、
同頁	1 3 行	としても、裁判例は	場合、裁判例は